

VU Research Portal

De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak

Akkermans, A.J.

published in

Aansprakelijkheid verzekering & schade
2004

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2004). De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak. *Aansprakelijkheid verzekering & schade*, 3, 91-99.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak**

Nr. 18

1. Inleiding

De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad in een viertal uitspraken de beoordelingsruimte voor de feitenrechter bij een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht nader afgebakend.¹ De stand van zaken is dat een dergelijk verzoek slechts kan worden afgewezen wanneer het niet voldoet aan bepaalde inhoudelijke eisen, of in strijd komt met de goede procesorde, misbruik van bevoegdheid oplevert of afstuit op andere zwaarwichtige bezwaren. Per saldo komt de feitenrechter een ruime bevoegdheid toe om een verzoek op zijn merites te beoordelen, en het zou goed zijn wanneer een gezichtspuntencatalogus werd ontwikkeld met behulp waarvan de betreffende afweging kan worden gemaakt. Dit artikel bevat een bescheiden aanzet daartoe. Veel hangt uiteraard af van de fase waarin het geschil tussen partijen verkeert. De laatste twee van de bedoelde reeks uitspraken hebben betrekking op een verzoek om een contra-expertise in het kader van het hoger beroep in een letselschadezaak. Die context kleurt de problematiek aanzienlijk. Bij een verzoek om een contra-expertise staat tegenover het risico van *expertshopping* het legitieme belang van partijen om een eerder uitgebrachte expertise ter discussie te kunnen stellen en een reëel gebruik te kunnen maken van de herkansingsfunctie van het appèl. En voorzover de benadeelde het lijdend voorwerp van de te verrichten expertise zou moeten zijn, nemen partijen bovendien geen gelijke positie in. Dit alles maakt de door de rechter te maken afweging beslist niet eenvoudiger.

2. Een opmerkelijk onderscheid tussen het ‘gewone’ en het voorlopig deskundigenbericht

Een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht kan

worden ingediend voorafgaand aan het eventueel instellen van een gerechtelijke procedure, maar ook tijdens een reeds aanhangig geding, zo bepaalt art. 202 Rv. Deze laatste mogelijkheid roept de vraag op hoe zij zich verhoudt tot de bevoegdheid van de rechter ex art. 194 Rv om in een lopende procedure ‘op verzoek van een partij of ambtshalve’ een deskundige te benoemen. De heersende leer houdt in dat de rechter met betrekking tot het gelasten van een ‘gewoon’ deskundigenbericht een discretionaire bevoegdheid toekomt,² maar een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht in beginsel moet toewijzen.³ De achtergrond van dit verschil in beoordelingsruimte is gelegen in de verschillende functies die aan een deskundigenbericht kunnen worden toegedacht: voorlichting ten behoeve van de rechter, bewijsmiddel ten behoeve van partijen, en informatie ten behoeve van partijen ter inschatting van hun positie.

Bij het gewone deskundigenbericht heeft men vooral het oog op de eerste functie, en dan lijkt het logisch om de rechter in vrijheid te laten bepalen of hij die voorlichting al of niet nodig heeft. In HR 14 december 2001 (*D./Ruiter-sportscentrum*)⁴ oordeelde de Hoge Raad:

*‘dat aan het beleid van de feitenrechter is overlaten of hij wil overgaan tot het benoemen van een deskundige en dat het hem dus vrij staat een verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht af te wijzen’.*⁵

Daarom hoeft de feitenrechter ook niet nader te motiveren waarom hij niet op zo'n verzoek ingaat, aldus de Hoge Raad. Bij het voorlopig deskundigenbericht pleegt men te focussen op het andere einde van het spectrum.⁶ Zo overwoog de Hoge Raad in HR 9 februari 1998 (*M./AMEV*),⁷ de eerste van de reeks recente uitspraken over het voorlopig deskundigenbericht:

‘Dat een voorlopig deskundigenbericht (...) mede ertoe kan dienen een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand

** Citeerwijze: A.J. Akkermans, ‘De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak’, *AV&S* 2004, 18.

1 HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 (*M./Amev*; m.nt. HJS), HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 (m.nt. HJS), *JBPr* 2003, 20 (*Uiterlinden/Van Zijp c.s.*; m.nt. E.F. Groot), HR 12 september 2003, *RvdW* 2003, 140, *JBPr* 2003, 72 (*Royal/K.*; m.nt. D.M. Thierry), en HR 19 december 2003,

JOL 2003, 672, *LJN* AL8610 (*losgebroken paard*).

2 Zie bijv. HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 73 (*D./Ruitersportcentrum c.s.*) en HR 6 december 2002, *NJ* 2003, 63 (*Curator/-Goedèl*).

3 Zie HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 (*M./AMEV*; m.nt. HJS).

4 *NJ* 2002, 73.

5 Dit is overigens al geruime tijd vaste rechtspraak. Voor verwijzingen naar oudere rechtspraak en literatuur zie de conclusie van A-G Ten Kate voor HR 2

april 1982, *NJ* 1982, 320, evenals de conclusie van A-G Asser voor HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, onder 2.9.

6 Vgl. o.a. . H.L.G. Wieten, *Bewijs*, 2002, p. 62 e.v. en p. 72 e.v.; W.D.H. Asser, ‘Enkele opmerkingen bij de rol van de deskundige in het civiele procesrecht’, in: *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces* (Inleidingen LSA), 2001, p. 1-12 (op p. 5 e.v.).

7 *NJ* 1999, 478 (m.nt. HJS).

van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen oordelen of het raadzaam is de procedure voort te zetten.’

Deze functie lijkt weer mee te brengen dat het verzoek in beginsel moet worden toegewezen, mits het voldoet aan daaraan noodzakelijk te stellen inhoudelijke eisen en niet afstuit op bezwaren van een hogere orde. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat het hof het verzoek had dienen toe te wijzen:

‘nu het (...) onmiskenbaar betrekking had op feiten en omstandigheden die van beslissend belang zijn voor de beslechting van het geschil tussen partijen en geen omstandigheden waren gesteld of gebleken die aanleiding konden geven tot afwijzing van het verzoek’.

Een ‘gewoon’ deskundigenbericht staat ten dienste van de rechter en een voorlopig deskundigenbericht vooral ten dienste van partijen, zo vat A-G Langemeijer het onderscheid samen.⁸

Dit theoretische onderscheid tussen beide categorieën deskundigenberichten doet echter geen recht aan het hybride karakter dat elk deskundigenbericht in de praktijk heeft. In werkelijkheid bepaalt niet de categorie ‘gewoon’ of ‘voorlopig’⁹ maar de stand van het processuele debat en de overige concrete omstandigheden van het geval op welke functie het zwaartepunt ligt. Zo is elk deskundigenbericht – of dat nu een gewoon of een voorlopig deskundigenbericht is – tenminste tevens van belang voor de bewijsvoering door partijen.¹⁰ Het argument dat het gewone deskundigenbericht ten dienste van de rechter staat, en het voorlopig deskundigenbericht vooral ten dienste van partijen, berust slechts op een niet concludent onderscheid in paradigma.¹¹ De logische consequentie hiervan, namelijk dat de rechter ook het verzoek om een ‘gewoon’ deskundigenbericht niet zonder een aan de concrete omstandigheden van het geval rechtdoende motivering behoort te kunnen afwijzen, is

echter nog niet door de Hoge Raad getrokken,¹² hoewel dat veel beter zou aansluiten bij de alleszins vergelijkbare verhouding tussen het ‘gewone’ getuigenverhoor en het voorlopig getuigenverhoor, en door verschillende vooraanstaande processualisten is bepleit.¹³ Aansluitend bij het enthousiasme van Snijders (‘een anomalie’) en Vranken (‘een anachronisme’) zou ik willen benadrukken dat het ook een *mal* onderscheid is, dat er praktisch gesproken alleen maar toe kan leiden dat procespartijen onnodig uitwijken naar een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht. Met een dergelijke stapeling van procedures is niets en niemand gebaat.¹⁴ Als men in het kader van de herbezinning op het burgerlijk procesrecht nog wat dor hout zou willen snoeien, heeft men in dit onderscheid een goede kandidaat.

3. De formele criteria voor de beoordeling van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht

De omstandigheid dat in de praktijk veel minder verschil bestaat tussen het ‘gewone’ en het voorlopig deskundigenbericht dan de theorie wil doen geloven, is een mes dat uiteraard ook aan de andere kant snijdt: het recht van partijen op een voorlopig deskundigenbericht kan niet zo absoluut zijn als de beslissing in M./AMEV zou kunnen suggereren. Ook hier moet de rechter de ruimte hebben om de nodige regie te kunnen voeren. Anders zou een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht het aan de rechter ter beoordeling voorgelegde beleid betreffende de instructie van de zaak eenvoudig kunnen doorkruisen.¹⁵ En ook voorzover het proces ‘van partijen is’ valt niet in te zien waarom aan het verzoek van de ene partij bij voorbaat een veel groter gewicht zou moeten toekomen dan aan het verweer van de andere partij. Er kunnen vele redenen zijn waarom toewijzing van het verzoek op bezwaren stuit. Het navolgende zal dat nog nader illustreren.

Het is dan ook een goede zaak dat in de rechtspraak van de Hoge Raad een ontwikkeling in deze richting valt waar te nemen. Het klassieke criterium voor het afwijzen van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht is hetzelfde

8 Conclusie voor HR 14 december 2001, NJ 2002, 73 (D./Ruitersportcentrum c.s.), onder 3.9.

9 Overigens biedt ook de tekst van art. 194 en 202 Rv geen aanleiding voor een verschil in rechterlijke beoordelingsruimte. Beide artikelen bepalen slechts dat de rechter een deskundigenbericht ‘kan’ bevelen.

10 Voor alle duidelijkheid: mocht dat bij hoge uitzondering tóch anders zijn (te denken valt aan het verzoek om een deskundigenbericht over het Nederlandse recht) dan staat het de rechter ook in mijn opvatting vrij om het verzoek af te wijzen met de motivering dat hij aan die voorlichting geen behoefte heeft.

11 Vgl. het commentaar van Snijders in zijn noot onder HR 13 september 2002, NJ 2004, 18 (Uiterlinden/Van Zijp), onder 2d, waar hij erop wijst dat men dit onderscheid ook bij het getuigenverhoor kan

aanleggen terwijl het daar niet doorslaggevend wordt geacht.

12 Zie recent HR 6 december 2002, NJ 2003, 63 (Curator/Goedêl).

13 Zie H.J. Snijders in zijn noot onder HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478 (M./AMEV), onder 8, en Asser, a.w. (zie noot 6), p. 7. Vgl. ook Asser/Vranken, *Algemeen deel*, nr. 37 e.v. Voorzichtig: A. Hammerstein, ‘Enkele opmerkingen over medisch-juridische causaliteit’, in: *Causaliteit* (Inleidingen LSA), 2003, p. 1-12 (op p. 4).

14 De tegenargumentatie van A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 14 december 2001, NJ 2002, 73 (D./Ruitersportcentrum c.s.), onder 3.9, acht ik ook op dit punt niet overtuigend. Het argument dat een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenonderzoek het hoofdgeding niet ophoudt, terwijl het verplichten van de rechter om op elk serieus voorstel tot het benoemen van des-

kundigen in te gaan tot vertragingen zou leiden, doet geen recht aan het feit dat in de praktijk beide categorieën deskundigenberichten tot vertraging leiden. ‘Vertraging’ klinkt in dit verband ook te negatief: oponthoud door een deskundigenbericht kan ook positief uitwerken doordat de rapportage helderheid brengt, en kan zo bijvoorbeeld ook een hoger beroep voorkomen. En een werkelijk onnodige of anderszins ongewenste vertraging kan gewoon een geldige afwijzingsgrond zijn, bijvoorbeeld in het kader van strijd met de goede procesorde. Zo ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 19 december 2003, JOL 2003, 672, LJN AL8610 (*losgebroken paard*), onder 8.

als dat voor het nauw verwante verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, namelijk misbruik van bevoegdheid.¹⁶ In de tweede uit de reeks recente uitspraken over het voorlopig deskundigenbericht, HR 13 september 2002 (*Uiterlinden/Van Zijp*),¹⁷ gooide de Hoge Raad het echter over een andere boeg:

‘Indien een verzoek voldoende concreet en ter zake dienend is en feiten bevat die zich lenen voor een onderzoek door een deskundige, zal het moeten worden toegewezen, tenzij de rechter in zijn beslissing te vermelden feiten en omstandigheden aanwezig oordeelt op grond waarvan moet worden aangenomen dat toewijzing van het verzoek strijdig is met de goede procesorde of moet afstuiten op een ander, door de rechter zwaarwichtig geoordeeld, bezwaar.’

Deze beslissing houdt een zekere verruiming in van de formele beoordelingsruimte van de rechter, omdat zowel het criterium van de goede procesorde, als dat van ‘een ander zwaarwichtig bezwaar’, minder veeleisend lijkt dan het toch tamelijk hoogdrempelige misbruik van bevoegdheid,¹⁸ al wordt hierover wat de goede procesorde betreft ook anders gedacht. Ik kom hier op terug. In de derde uit de reeks recente uitspraken over het voorlopig deskundigenbericht, HR 12 september 2003 (*Royal/K.*),¹⁹ leek de Hoge Raad de criteria voor het voorlopig deskundigenbericht en het voorlopig getuigenverhoor weer gelijk te trekken door te overwegen:

‘Een verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenonderzoek kan, als het overigens aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, worden afgewezen op de grond dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt. Van zodanig misbruik kan onder meer sprake zijn wanneer de verzoeker wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten.’

Maar in HR 19 december 2003 (*losgebroken paard*),²⁰ de vierde en vooralsnog laatste uitspraak over het voorlopig deskundigenbericht, zet de Hoge Raad alle eerder gebruikte criteria keurig op een rij:

‘Een voorlopig deskundigenonderzoek als bedoeld in art. 227 lid 2 Rv. kan ertoe dienen een partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht zekerheid te verkrijgen omtrent de voor de beslissing van het

geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is de procedure te beginnen of voort te zetten (vgl. HR 6 februari 1998, nr. 8986, NJ 1999, 478). Aan de rechter die heeft te oordelen over het verzoek een dergelijk onderzoek te gelasten, komt geen discretionaire bevoegdheid toe. Hij dient het onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek terzake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden. Dit is echter anders indien de rechter op grond van in zijn beslissing te vermelden feiten en omstandigheden van oordeel is dat het verzoek in strijd is met een goede procesorde, dat van de bevoegdheid toepassing van dit middel te verlangen, misbruik wordt gemaakt – bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten – of dat het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.’

De goede procesorde, misbruik van bevoegdheid, of een ander zwaarwichtig bezwaar, de rechter heeft het dus voor het kiezen. Wat betekent dit nu concreet voor de beoordelingsruimte die hem ter beschikking staat? Zoals gezegd, wordt wel aangevoerd dat de beperkende werking van de eisen van een goede procesorde en van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid in een concreet geval tot hetzelfde resultaat leiden.²¹ Wat daar ook van zij,²² het kan toch niet zonder betekenis zijn dat de Hoge Raad naast deze twee nog expliciet het criterium ‘een ander zwaarwegend bezwaar’ heeft opgenomen. En de daaraan toe te kennen betekenis kan moeilijk anders zijn dan dat de Hoge Raad de rechter nadrukkelijk een ruimere beoordelingsmarge heeft willen geven. Het is ook heel goed denkbaar dat een voorlopig deskundigenbericht op een zodanig zwaarwichtig bezwaar stuit dat afwijzing in de rede ligt, terwijl men toch niet staande kan houden dat de verzoeker misbruik maakt van zijn bevoegdheid. A-G Huydecoper wijst in dit verband op het geval dat het deskundigenonderzoek de persoon van een van de partijen of een van diens naasten betreft.²³

De formele beoordelingsruimte die de feitenrechter toekomt voor de beoordeling van een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht is dus onmiskkenbaar verruimd. De minimumvoorwaarde voor afwijzing is een zwaarwichtig te oordelen bezwaar. Betrekken wij daarbij de omstandigheid dat het oordeel dat een zodanig bezwaar aan toewijzing van het verzoek in de weg staat, in cassatie slechts beperkt op juistheid kan worden getoetst omdat het onlosmakelijk is

16 HR 6 februari 1987, NJ 1988, 1 (*Slingerland/Amsterdam*; m.nt. WHH); HR 24 juni 1988, NJ 1989, 121 (m.nt. JBMV); HR 3 februari 1989, NJ 1989, 376 (*Van Ewijk/-Staat*). In HR 19 februari 1993, NJ 1994, 345 (*Automobielbedrijf/Pierik*; m.nt. HJS). Inmiddels wordt ook bij het voorlopig getuigenverhoor een verruiming verwacht. Zie E.F. Groot, annotatie bij HR 13 september 2002 (*Uiterlinden/Van Zijp*), JBPr 2003, 20, onder 5.

17 NJ 2004, 18 (m.nt. HJS), JBPr 2003, 20 (m.nt. Groot).

18 In dezelfde zin A-G Huydecoper, t.a.p. (zie noot 15), onder 7 en 8, alsmede Groot, t.a.p. (zie noot 16).

19 RvdW 2003, 140, LJN AJ9973.
20 JOL 2003, 672, LJN AL8610.

21 Zie B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), 2004, p. 192, met een overzicht van de verschillende opvattingen op p. 189 e.v. Specifiek voor de hier besproken context:

D.M. Thierry, annotatie bij HR 12 september 2003, JBPr 2003, 72 (*Royal/K.*).

22 Persoonlijk boeien dit soort discussies mij niet zo. Voor wat het waard is: misbruik van bevoegdheid lijkt mij onmiskkenbaar een meer marginale toetsing in te houden dan de redelijkheid en billijkheid, en dus een hoogdrempeliger criterium te vormen dan de goede procesorde.

23 Conclusie P-G (zie noot 15), onder 7.

verweven met een waardering van de feitelijke omstandigheden, dan durf ik de stelling aan dat de feitenrechter per saldo zijn afweging nagenoeg in vrijheid kan maken, mits hij een eventuele afwijzing maar voldoende motiveert. De beide hieronder nog uitvoeriger weer te geven uitspraken illustreren dat. In feite werd in beide zaken het verzoek om een deskundigenbericht door de rechter ‘gewoon’ op zijn inhoudelijke merites gewogen en te licht bevonden. Vervolgens werd de zaak cassatie*proof* gemaakt door te concluderen tot misbruik van bevoegdheid, respectievelijk tot strijd met de goede procesorde. Dat laatste doet soms wat kunstmatig aan, en het ware in alle opzichten beter wanneer de Hoge Raad ook de laatste stap zou durven zetten en de rechter openlijk bevoegd zou verklaren een verzoek om een deskundigenbericht – of dat nu een ‘gewoon’ of een voorlopig deskundigenbericht is – volledig op zijn merites te beoordelen, zij het dan wél voldoende gemotiveerd. De omstandigheid dat een deskundigenbericht mede kan dienen om partijen informatie te verschaffen ter inschatting van hun positie kan dan gewoon één van de gezichtspunten zijn waarmee expliciet rekening moet worden gehouden. Maar ook met de huidige, bij het voorlopig deskundigenbericht formeel wat beperkter beoordelingsruimte, kan de rechter per saldo een heel eind uit de voeten.

4. Naar een catalogus van gezichtspunten

Ook bij een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht heeft de rechter dus de nodige beoordelingsruimte. Zoals gezegd, zou het beter zijn als de Hoge Raad zijn resterende terughoudendheid op dit punt liet varen. En andersom, bij het ‘gewone’ deskundigenbericht motiveringseisen zou stellen die recht doen aan de belangen van de verzoekende partij. De voor de hand liggende gelijkschakeling van de beoordelingsruimte en de motiveringsvereisten bij het gewone en het voorlopige deskundigenbericht zou niet alleen beter aansluiten bij de realiteit dat de bij een deskundigenbericht betrokken belangen niet afhangen van de categorie ‘gewoon’ of ‘voorlopig’, maar van de stand van de procesuele discussie en de overige concrete omstandigheden van het geval. Het wegtrekken van het dogmatische rookgordijn dat over deze kwestie hangt, zou ook meer zicht scheppen op de gezichtspunten waar het bij de te maken afweging werkelijk om gaat. Om de feitenrechter behulpzaam te zijn, en om zijn beslissing meer voorspelbaar te maken, zou het goed zijn om een catalogus te ontwikkelen van de gezichtspunten die bij de beoordeling van een verzoek om een deskundigenbericht een rol kunnen spelen.

Een zekere aanzet daartoe is gemaakt door Snijders in zijn noot onder M./AMEV.²⁴ Naast de inhoudelijke vereisten dat het verzoek terzake dienend en voldoende concreet moet zijn en feiten moet betreffen die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden, noemt Snijders in het kader van de goede procesorde tardiviteit en strijd met

elementaire eisen van proceseconomie, en plaatst hij naast misbruik van bevoegdheid nog afstand van recht en rechtsverwerking. Dit alles is uiteraard nogal algemeen en biedt als zodanig nog maar beperkt houvast. Aanvulling en verdere uitwerking is vereist. Zo zou ik menen dat een deskundigenbericht niet alleen tardief, maar ook prematuur kan zijn, bijvoorbeeld omdat nog onvoldoende zicht bestaat op alle aspecten (1) waarover partijen van mening verschillen, (2) die relevant zijn voor de (volledige) beslechting van het geschil, en (3) waarover de betreffende deskundige zijn licht zou kunnen laten schijnen.²⁵ En ook de vraag welke gedragingen onder welke omstandigheden afstand van recht of rechtsverwerking zouden kunnen constitueren verdient nadere uitwerking. Omdat een deskundigenbericht voor de verzoekende partij inderdaad de functie zal hebben om ‘zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden’, en/of om het op haar rustende bewijs te leveren of door de wederpartij bijgebracht bewijsmateriaal te weerleggen, zal men voor de opstelling van een gezichtspuntencatalogus al die omstandigheden moeten inventariseren die kunnen maken dat een partij, ondanks dit evidente belang, toch geen aanspraak op een deskundigenbericht kan maken.

Een volledige inventarisatie daarvan valt buiten het bestek van dit artikel. Uiteraard is van groot belang in welke fase de procedure verkeert. Bij een verzoek dat wordt gedaan voordat een geding aanhangig is, spelen heel andere gezichtspunten een rol dan bij een verzoek om een contra-expertise in appèl. Ook de aard van de door de deskundige te onderzoeken materie is relevant. Een aantal gezichtspunten komt hieronder aan de orde naar aanleiding van de twee meest recente uitspraken van de Hoge Raad. In beide gevallen ging het om een verzoek om een contra-expertise in het kader van het hoger beroep in een letselschadezaak. Dat geeft de problematiek een specifieke kleur.

5. HR 12 september 2003 (Royal/K.)

In Royal/K²⁶ was de benadeelde (hierna: K.) betrokken bij een verkeersongeval op 8 juli 1995 toen de bestuurder van de auto waarin hij zat tegen een boom reed. De bestuurder is als gevolg van dat ongeval overleden. K. liep een breuk van de rechterheupkom op en lag ruim twee weken in het ziekenhuis. Begin 1996 heeft hij een intensief revalidatieprogramma gevolgd. In augustus 1996, dus ruim een jaar na het ongeval, is de diagnose postwhiplashsyndroom gesteld. In verband met psychische klachten heeft K. van een oogarts een fototroop brilglas met prisma voorgeschreven gekregen. Wegens depressieve stemmingstoornissen is hij onder behandeling geweest van de RIAGG.

Royal heeft als WAM-verzekeraar van de bestuurder aansprakelijkheid erkend, maar betwist de omvang van de gestelde schade. K. maakt een procedure aanhangig bij Rechtbank Amsterdam. In de loop van deze procedure ko-

24 Noot bij HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478, onder 7.

25 Een verwant probleem is dat nog niet alle relevante feiten in confesso zijn. Zie hier-

over A.J. Van, *Letsel & Schade* 2002, nr. 4, p. 3-4. Overigens hoeft een voorlopig deskundigenbericht daar niet per definitie op af te stuiten. Zie M. Hartman,

‘Nieuwsbrief personenschade’, november 1997, p. 8.

26 *RvdW* 2003, 140, LJN AJ9973.

men in overleg tussen partijen expertises tot stand van de orthopedisch chirurg Stibbe, de neuroloog Stenvers (met als bijlage een rapport van de neuropsycholoog De Boo), en de psychiater Kuilman. Tegen dit laatste rapport heeft Royal bezwaren (waarover zo dadelijk meer). Volgens Royal kan het rapport van Kuilman niet dienen voor de afwikkeling van de zaak. De rechtbank verwerpt deze stelling en overweegt, gelet op de voorhanden zijnde uitvoerige rapportages, geen behoefte te hebben aan nadere medische of psychiatrische rapportage. De rechtbank volgt de conclusies uit de rapportages, die gemeen hebben dat de toestand waarin K. verkeert het gevolg is van het hem op 8 juli 1995 overkomen ongeval.

Royal tekent hoger beroep aan. Zij dient in dit appèl niet van grieven maar vraagt eerst met een verzoekschrift het hof een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten. Ter onderbouwing van dit verzoek herhaalt Royal haar stelling dat het rapport van de psychiater Kuilman niet als uitgangspunt kan dienen voor de verdere afwikkeling van de zaak. In dit verband wijst Royal erop dat (onder meer) uit de bevindingen van de orthopeed Stibbe en de neuroloog Stenvers blijkt dat bij K. sprake was van een aggraverende presentatie en preëxistente depressieve stemmingen. Voorts voert Royal aan dat Kuilman tijdens zijn onderzoek verschillende discrepanties heeft opgemerkt. Zo bleek hetgeen K. Kuilman vertelde – volgens Royal – op essentiële punten af te wijken van hetgeen hij eerder aan andere artsen had verklaard. Royal is van mening dat Kuilman daarom ten onrechte heeft gemeend uit te kunnen gaan van hetgeen K. (uitsluitend) aan hem (Kuilman) heeft verteld. Ten onrechte ook is Kuilman tot de conclusie gekomen dat de (psychische) klachten van K. ongevalgevolg zijn, aldus Royal. Het hof wijst het verzoek van Royal af op grond van de volgende overwegingen:

‘2.6 Als uitgangspunt dient dat een onderzoek, zoals door Kuilman verricht en zoals thans door Royal nogmaals wordt gewenst, als een aantasting van de persoonlijke integriteit van K., en derhalve als voor hem belastend, moet worden aangemerkt. Het ondergaan van meer onderzoek dan voor een juist oordeel omtrent de omvang van de schade noodzakelijk is, kan van K. daarom in redelijkheid niet worden gevergd.

2.7 Zoals hiervoor (sub 4.2) reeds werd gememoreerd, is de door Kuilman verrichte expertise in onderling overleg tussen partijen totstandgekomen. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat Royal in ieder geval ten tijde van het geven van de opdracht van de deskundigheid van Kuilman overtuigd was. Ter mondelinge behandeling heeft de raadsvrouw van Royal, desgevraagd, verklaard dat de deskundigheid van Kuilman (aldus: nog steeds) niet ter discussie staat.

2.8 Het rapport van Kuilman is buitengewoon uitvoerig en het hof heeft, gelet ook op de wijze waarop Kuilman heeft gerapporteerd, geen enkele reden eraan te twifelen dat het rapport op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Niet valt in te zien dat Kuilman, waar hij constateert dat de feitelijke (door Kuilman van derden verkregen) informatie met betrekking tot

het milieu van herkomst van K. op een aantal punten niet in overeenstemming is met hetgeen K. hemzelf heeft verteld, zich bij zijn overwegingen niet zou hebben mogen houden aan zijn eigen (uitvoerige) anamnese. Voorzover Royal erop heeft gewezen dat door andere artsen melding is gemaakt van een aggraverende presentatie en preëxistente depressieve stemmingen, merkt het hof op dat Kuilman daaraan in zijn rapport aandacht heeft besteed en bij die meldingen de nodige kritische kanttekeningen heeft geplaatst. Kuilman komt tot de conclusie dat de huidige klachten van en afwijkingen bij K., die hij op zijn vakgebied heeft vastgesteld, als ongevalgevolg zijn te beschouwen en voorts dat zijn anamnese en de stukken onvoldoende steun bieden aan de veronderstelling dat K. ook zonder het ongeval te eniger tijd wel psychisch zou zijn gedecompen-seerd.

2.9 Gelet op het hiervoor onder 2.7 tot en met 2.8 overwogene en gelet voorts op het onder 2.6 geformuleerde uitgangspunt, is het hof van oordeel dat het door Royal ingestelde verzoek van ieder redelijk belang is ontbloomd en dat het dient te worden afgewezen. Het feit dat Royal, zoals zij stelt, in de bodemprocedure het recht heeft tegenbewijs te leveren, maakt dit niet anders. Het vorenstaande laat – het spreekt voor zich – onverlet dat de bodemrechter tot het oordeel kan komen dat alsnog een nieuw medisch onderzoek, soortgelijk aan dat door Kuilman verricht, nodig is.’

In cassatie laat de Hoge Raad de beschikking van het hof in stand. Zoals eerder opgemerkt, hanteert de Hoge Raad in deze beslissing het criterium van misbruik van bevoegdheid. Het hof heeft aangenomen dat Royal wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van haar bevoegdheid kan worden toegelaten, aldus de Hoge Raad. Tot die conclusie is het hof kennelijk gekomen op grond van de hierboven geciteerde overwegingen, die door de Hoge Raad in eigen bewoordingen worden herhaald. Dit oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan in cassatie verder niet op juistheid worden getoetst omdat het verweven is met een waardering van de omstandigheden, aldus de Hoge Raad. Het is niet onbegrijpelijk en het hof is niet tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht. Aldus valt het doek voor het verzoek van Royal.

6. Het verzoek om een contra-expertise bij moeilijk objectificeerbare klachten: *expert shopping* of legitiem procesbelang?

Wat wij in Royal/K. zien gebeuren, is een voor letselschadezaken typische gang van zaken. Een van de grootste knelpunten bij letselschadeclaims zijn klachten waarvan moeilijk kan worden geverifieerd of zij ‘aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, en niet overdreven zijn’.²⁷ Men spreekt wel van ‘niet objectificeerbaar letsel’ of ‘vage klachten’. Bekende voorbeelden zijn het postwhiplashsyndroom en fibromyalgie, en meer in het algemeen, psychische klachten of althans de psychische component van bepaalde

27 Ik gebruik hier de bewoordingen van het

hof in HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

klachten. Wanneer de claim van de benadeelde op dit soort klachten is gebaseerd, zal de aansprakelijke partij willen verifiëren in hoeverre zij werkelijk bestaan en het gevolg zijn van het ongeval. Daarvoor wordt dan een beroep gedaan op medische deskundigen. In de praktijk kunnen partijen het maar moeilijk, en soms zelfs helemaal niet, eens worden over de persoon van de deskundige.²⁸ Daar ligt de gedachte aan ten grondslag dat de eigen opvattingen van de deskundige over de te volgen werkwijze en de te hanteren criteria in vergaande mate doorslaggevend zijn voor de beoordeling. De praktijk wijst ook uit dat de ene deskundige tot een heel ander oordeel kan komen dan de andere.²⁹ Hierbij speelt een rol dat men binnen de betreffende discipline (bijvoorbeeld de neurologie en de psychiatrie) over bepaalde voor dit soort expertises relevante kwesties op wetenschappelijk verantwoorde wijze van mening kan verschillen.

Het bezwaar dat Royal in deze procedure tegen de rapportage van de psychiater Kuilman aanvoert, haakt in op een klassiek geschilpunt over de bij dit soort expertises te volgen methodiek: in hoeverre mag de expertiserend arts uitgaan van het verhaal van de benadeelde, of moet hij, bijvoorbeeld aan de hand van het medische dossier en de gedragingen van de benadeelde in het verleden en tijdens de expertise, kritisch nagaan of het allemaal wel klopt wat de benadeelde zegt.³⁰ Er waren signalen van aggraving (overdrijven) en preëxistentie (de klachten bestonden al vóór het ongeval) aldus Royal, en Kuilman zou daar onvoldoende mee hebben gedaan doordat hij uitsluitend zou zijn uitgegaan van het relaas van K.

Tegenover het belang van Royal bij een contra-expertise stelt het hof het belang van K. om niet nog een keer onderworpen te worden aan een belastend psychiatrisch onderzoek. In het kader van deze belangenafweging vormt het hof zich een inhoudelijk oordeel over de bezwaren van Royal tegen de rapportage van Kuilman. Deze worden gewogen en te licht bevonden: Royal heeft zelf met Kuilman als expertiserend arts ingestemd, Kuilman's deskundigheid staat niet ter discussie, zijn rapport is buitengewoon uitvoerig en is op zorgvuldige wijze totstandgekomen, en hij heeft aan de signalen van aggraving en preëxistentie aandacht besteed maar daaraan voldoende gemotiveerd niet de conclusies verbonden die Royal had willen zien.

Op grond van deze inhoudelijke evaluatie oordeelt het hof dat het verzoek van Royal 'van ieder redelijk belang is ontbloeit'. Zoals gezegd, doet die lippendienst aan het criterium misbruik van bevoegdheid nogal kunstmatig aan. Dit omdat in feite sprake is van een 'gewone' belangenafweging zonder dat aan het belang van Royal als verzoekster bij voorbaat een groter gewicht wordt toegekend dan aan het belang van K als verweerder. A-G Wesseling-van Gent meende dan ook dat het hof hetzij een verkeerd criterium had gehanteerd, hetzij zijn oordeel onvoldoende had ge-

motiveerd.³¹ Maar de Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand. Dit illustreert mijn stelling dat de feitenrechter zijn afweging nagenoeg in vrijheid kan maken, mits hij een eventuele afwijzing maar voldoende motiveert.

De werkelijke afweging die hier moet worden gemaakt, betreft de vraag of een in het ongelijk gestelde partij de kans moet krijgen om een voor hem meer gunstige contra-expertise te verkrijgen. Het hof oordeelt hier van niet. Wat het daartoe aanvoert, lijkt alleszins adequaat, maar een eigen oordeel matig ik mij niet aan omdat ik niet over het betreffende rapport van Kuilman en de overige relevante stukken beschik. Wel zou ik menen dat het in het algemeen niet zo kan zijn dat een eenmaal met instemming van beide partijen opgesteld rapport niet meer door middel van een contra-expertise op de proef kan worden gesteld. Maar er moeten dan wel *steekhoudende* bezwaren worden aangevoerd, die door de rechter op hun merites kunnen worden gewogen. Anders dreigt het risico van *expert shopping*: gewoon nog een keer proberen in de hoop dat de expertise deze keer gunstiger uitpakt. Dat een verzoek om een contra-expertise met inhoudelijke argumenten moet worden onderbouwd, lijkt misschien een open deur, maar de hierna te bespreken procedure over het geval van het losgebroken paard kan illustreren dat dit in de praktijk lang niet altijd gebeurt.

Dat de discussie een inhoudelijke moet zijn, dringt zich eens te meer op wanneer men bedenkt wat voor situatie anders zou ontstaan nadat een tweede rapport is uitgebracht dat inderdaad een andere richting op wijst. Kan de rechter dan wél de knoop doorhakken of kan hij dat pas met behulp van een derde rapport? En wat is dan maatgevend, de meeste stemmen gelden? Willekeur en inefficiëntie liggen op de loer als men niet streng vasthoudt aan het vereiste dat de bezwaren tegen de voorliggende rapportage inhoudelijk, steekhoudend, en voldoende gewichtig moeten zijn. Dit betekent uiteraard dat de rechter zich inhoudelijk zal moeten verdiepen in de kwaliteit van de uitgebrachte rapportage. Het is de vraag of de rechter daar wel altijd voldoende voor is toegerust. De benodigde voorlichting zou primair van partijen moeten komen, maar in de praktijk zijn de procesuele discussies over de kwaliteit van rapportages en rapporteurs nogal eens van een bedroevend laag niveau.

Dit alles neemt niet weg dat naast de inhoudelijke kant van de zaak ook nog andere aspecten een rol kunnen spelen. Zo was de beslissing van het hof mede gebaseerd op de omstandigheid dat Royal zelf met Kuilman als expertiserend arts akkoord was gegaan. Dat maakt inderdaad een relevant verschil met de situatie waarin de deskundige door de rechter is uitgekozen zonder instemming van de thans verzoekende partij. Zoals gezegd, komt het nogal eens voor dat partijen het over de persoon van de deskundige niet eens kunnen worden. Als de rechter dan noodgedwongen de knoop doorhakt, wordt de deskundige aan (één van beide)

28 Zie A.J. Akkermans & A.J. Van, 'De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen', *TVP* 2002, p. 57-61.

29 Zie voor een frappant voorbeeld A.J. Akkermans, 'Medische expertise bij "vage

klachten" – fibromyalgie en whiplash, noot bij Hof Arnhem 13 augustus 2002', *TVP* 2003, p. 30-32.

30 Zie D. Prins & M.D. Spruit, 'Aansprakelijkheid voor letselschades: de rol van de

medicus als deskundige', *TVP* 2004, p. 11-16.

31 Conclusie P-G, onder 2.18 en 2.19.

partijen opgedrongen, een omstandigheid waaraan bij een verzoek om een contra-expertise onmiskenbaar een zeker gewicht toekomt.

7. Het verzoek om een contra-expertise en de herkansingsfunctie van het appèl

De hier te maken afweging krijgt een extra dimensie als zij plaatsvindt tegen de achtergrond van een hoger beroep. Typerend voor procedures over moeilijk objectiveerbaar letsel is dat de uitkomst in hoge mate afhangt van de uitgebrachte expertises. Voor de in het ongelijk gestelde partij betekent dit dat zij in hoger beroep geen serieuze kans maakt als zij niet over een voor haar standpunt gunstiger rapportage beschikt. Geen *second opinion* van een deskundige betekent meestal einde oefening in het appèl. Maakt het afwijzen van het verzoek om een contra-expertise het recht op een tweede feitelijke instantie niet illusoir?

De reikwijdte van de herstel- of herkansingsfunctie van het civiele appèl is momenteel onderwerp van discussie. De kritiek richt zich vooral op de onbeperkte mogelijkheid van het inbrengen van nieuwe feiten of het kiezen van een geheel andere koers waardoor partijen niet gestimuleerd zouden worden om de procedure in eerste aanleg voldoende serieus te nemen.³² In het Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht wordt bepleit om het hoger beroep principieel te benaderen als een voortgezette instantie, waarin hetgeen in eerste aanleg is bereikt of wordt nagestreefd niet ongedaan mag worden gemaakt, tenzij daarvoor gegronde redenen zijn.³³ Daartegenover staat het fenomeen dat wel wordt aangeduid met het adagium *'le droit accroît en plaident'*: gaandeweg de procedure komen de stellingen van partijen beter uit de verf, spitsen de tegenstellingen zich toe en door het vonnis van de eerste rechter wordt soms pas duidelijk hoe de zaak precies in elkaar steekt. Bovendien maken ook partijen onvermijdelijk fouten, en het valt niet in te zien waarom in hoger beroep alleen fouten van de rechter hersteld zouden kunnen worden en niet van partijen.³⁴ Wat er zij van de uitkomst van deze discussie,³⁵ het zal duidelijk zijn dat de herkansingsfunctie van het appèl niet meebrengt dat een verzoek om een contra-expertise dat uitsluitend is gebaseerd op de gedachte 'een nieuwe ronde, nieuwe kansen' gehonoreerd hoeft te worden. Men zie de zo dadelijk te bespreken procedure over het geval van het losgebroken paard. Anderzijds legt het recht op hoger beroep wél gewicht in de schaal wanneer de verzoeker aannemelijk weet te maken dat zijn bezwaren (mede) gebaseerd zijn op door

hem gemaakte fouten of naar aanleiding van de procedure in eerste aanleg voortgeschreden inzicht, bijvoorbeeld voor wat betreft de vraagstelling, de benodigde deskundigheid, of de relevante opvattingen van de deskundige.

Relevant is voorts dat de mogelijkheid om het hoger beroep kracht bij te zetten door middel van rapportage door een partijdeskundige³⁶ bij letselschade slechts beperkt is. Althans voor de aansprakelijke partij: een 'echte' contra-expertise zal meestal niet door een partijdeskundige kunnen worden verricht omdat daarvoor de medewerking van de benadeelde noodzakelijk zal zijn. Een expertise op basis van de beschikbare stukken zonder de patiënt te zien, is weliswaar denkbaar maar voldoet medisch in principe niet aan de maat.³⁷ Wel kan het rapport van een partijdeskundige de inhoudelijke bezwaren tegen de voorliggende expertise nader onderbouwen. De praktijk leert weliswaar dat de rechter niet erg geneigd is het oordeel van een partijdeskundige te volgen,³⁸ maar dat neemt niet weg dat de appellant daarmee nog een (beperkte) tweede kans heeft om de rechter over te halen een nieuwe deskundige te benoemen.

8. HR 19 december 2003 (losgebroken paard)

Omdat bij letselschades de benadeelde in de regel zelf het onderwerp van het beoogde onderzoek is, staat tegenover het belang van de aansprakelijke partij bij een contra-expertise in de eerste plaats het belang van de benadeelde om niet méér belastend onderzoek te ondergaan dan nodig is. Helemaal onproblematisch is dit niet, omdat alleen de benadeelde zich op dit argument kan beroepen. Dit laat zich goed illustreren aan de hand van de laatste recente uitspraak van de Hoge Raad over het voorlopig deskundigenbericht, HR 19 december 2003 (*losgebroken paard*).³⁹

De benadeelde raakte gewond toen zij op 29 maart 1996 werd omvergelopen door een losgebroken paard van de verzekerde van Zürich, die namens haar verzekerde aansprakelijkheid heeft erkend. De benadeelde heeft elleboog-, schouder-, nek-, en rugklachten, en in geschil is de vraag in hoeverre deze het gevolg zijn van het ongeval. Buitengerechtelijk is een aantal rapportages totstandgekomen. In januari 1997 is een arbeidskundig rapport uitgebracht door bureau Terzet, en op 23 juli 1998 is een rapport uitgebracht door een orthopeed en een neuroloog van het Neuro Orthopaedisch Centrum (NOC). Bij het onderzoek door het NOC zijn ook röntgenfoto's gemaakt. In 1999 is de benadeelde wederom onderzocht, ditmaal door een orthopeed van het Dijkzigt ziekenhuis die opnieuw röntgenfoto's heeft gemaakt, en door een neuroloog van het AZU. De achtergrond

32 Zie Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans*, Den Haag: 2003, p. 194 e.v., alsmede F.J.H. Hovens, 'Het beginsel van twee feitelijke instanties in het burgerlijk procesrecht', in: R.H. Happé e.a., *Hoger beroep in de steigers*, Den Haag: 2003, p. 35-43 (op p. 37-38).

33 Asser-Groen-Vranken, a.w. (zie noot 32), p. 206 e.v.

34 In deze zin o.a. het Advies van de President en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden over het In-

terimrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht, onder III, en H.J. Snijders, 'They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging', *NJB* 2003, p. 1696-1707 (op p. 1705/1706).

35 Zie naast de in noot 32 en 34 genoemde literatuur onder meer de adviezen van NVvR (gepubliceerd in *Trema* 2004, p. 89-99) en NOVA alsmede J.M.J. Chorus, 'Het hoger beroep in het Interim-rapport van

mei 2003', *TCR* 2003, p. 104-109, en A. Hammerstein, *TCR* 2004, p. 18.

36 Op deze mogelijkheid wijst o.a. D.M. Thierry in zijn noot onder HR 12 september 2003, *JBPr* 2003, 72 (*Royal/K.*).

37 En zou dus ook tot een tuchtklacht tegen de deskundige kunnen leiden.

38 Zie A. Hammerstein, 'De rechter en de deskundige', *NJB* 1995, p. 1277-1278, onder 3.

39 *JOL* 2003, 672, LJN AL8610.

ARTIKELN

van dit tweede orthopedische en neurologische onderzoek is dat Zürich geen genoegen nam met de rapportage van het NOC. Zürich stelt dat zij niet met het verrichten van een expertise door het NOC akkoord was gegaan. Dat de benadeelde meende dat zij daar wél mee had ingestemd berustte op een ‘miscommunicatie tussen partijen’, aldus Zürich. A-G Huydecoper merkt hierover op dat het hof zijns inziens (terecht) heeft geoordeeld dat het moeten doorlopen door de benadeelde van de tweede ronde onderzoeken aan Zürich is toe te rekenen.⁴⁰

Kennelijk komen partijen ook na deze tweede ronde er niet uit, want de benadeelde maakt een procedure ahangig bij Rechtbank ’s-Gravenhage. Daarin vordert zij primair een verklaring voor recht dat haar wederpartij voor de klachten aansprakelijk is, en subsidiair een (derde) deskundigenonderzoek uit te voeren door een neuroloog en een orthopeed. Van bijzonder belang is het verweer dat Zürich⁴¹ tegen deze subsidiaire vordering voert. Bij conclusie van antwoord voert zij namelijk aan dat de vraag naar het medisch causaal verband reeds afdoende is beantwoord door het tweede orthopedische rapport, en dat de benadeelde onder die omstandigheden:

‘niet de vrijheid toe (komt) om – nu de inhoud van het bewuste rapport haar niet welgevallig is – aan te sturen op verdere medische expertises in de hoop dat deze gunstiger uitvallen’.

En bij conclusie van dupliek:

‘De subsidiaire vordering moet worden afgewezen omdat het uitbrengen van een medisch deskundigenrapport een gepasseerd station is.’

De rechtbank wijst echter de primaire vordering toe, verklaart voor recht dat de klachten in conditio sine qua nonverband staan met het ongeval, en verwijst partijen naar een schadeastprocedure.

Zürich gaat in hoger beroep, maar dient in dit appèl niet van grieven en vraagt eerst met een verzoekschrift het hof een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten. Ter onderbouwing van dit verzoek voert Zürich aan dat de tot dusver uitgebrachte deskundigenonderzoeken niet in overeenstemming zijn met elkaar, dat zij zich niet kan verenigen met het tweede orthopedische rapport (dus hetzelfde rapport waarvan zij in eerste aanleg aanvoerde dat dit de vraag naar het medisch causaal verband afdoende en definitief beantwoordde) en, in mindere mate, met het tweede neurologische rapport; dat de lage rugklachten van de benadeelde zijn veroorzaakt door slijtage die al voor het ongeval aanwezig was, en dat de benadeelde onder de gegeven omstandigheden gehouden is mee te werken aan een nieuw onderzoek door medische deskundigen. De benadeelde voert bij wijze van verweer onder andere aan dat zij reeds een aantal medische onderzoeken heeft ondergaan en dat zij een nieuw onderzoek als te belastend ervaart.

Het hof werpt eerst Zürich haar in eerste aanleg inge-

nomen standpunt (zoals dat blijkt uit de hierboven geciteerde passages) voor de voeten:

‘4.1. Naar het oordeel van het Hof verdraagt (dit) – door (verzoekster) in eerste aanleg uitdrukkelijk en zonder voorbehoud ingenomen – standpunt, gezien in samenhang met hetgeen (...) zich voorafgaand aan de hoofdprocedure tussen partijen heeft afgespeeld, zich niet met het verzoek van (verzoekster) om thans een voorlopig deskundigenbericht (bestaande uit een nieuw onderzoek door een orthopeed en een neuroloog) te bevelen.’

Het hof overweegt voorts (r.o. 4.2):

‘dat reeds drie expertiserapporten op basis van vier medische onderzoeken zijn uitgebracht, waaraan (verweester) haar medewerking heeft verleend. De in overleg tussen partijen totstandgekomen vraagstelling bij die onderzoeken wijkt niet wezenlijk af van de thans door (verzoekster) voorgestelde vragen. Het hof is van oordeel dat, naast het hiervoor onder 4.1 overwogene, het onderhavige verzoek van (verzoekster) dan ook afstuit op het door het hof, uitgaande van de hiervoor geschetste gang van zaken en standpunten en voorts de belangen van beide partijen in aanmerking nemend, zwaarwichtig geoordeeld bezwaar van (verweester) dat nieuwe onderzoeken zoals verzocht in dit stadium van de procedure te belastend voor haar zouden zijn’.

Aldus komt het hof tot het oordeel dat toewijzing van het verzoek van Zürich in strijd is met een goede procesorde en wijst dit verzoek af.

In cassatie blijft dit oordeel van het hof in stand. Zoals gezegd, zet de Hoge Raad in deze beslissing de criteria misbruik van bevoegdheid, strijd met een goede procesorde, en een door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar op een rij. Omdat het hof het verzoek van Zürich zowel heeft afgewezen wegens de daaraan verbonden, in zijn beschikking uiteengezette, zwaarwichtige bezwaren, als wegens strijd met een goede procesorde, heeft het een juiste maatstaf gehanteerd, aldus de Hoge Raad. Ook de motiveringsklachten van het middel treffen geen doel. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de hierboven geciteerde overwegingen van het hof dat de door Zürich voorgestelde vraagstelling niet wezenlijk afwijkt van de vragen die reeds eerder aanleiding hebben gegeven tot het uitbrengen van drie expertiserapporten op basis van vier medische onderzoeken. Onder deze omstandigheden is geenszins onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat zwaarwichtige bezwaren (te weten de door het hof omschreven belangen van de benadeelde), dan wel de eisen van een goede procesorde, in de weg staan aan toewijzing van het verzoek, aldus de Hoge Raad.

9. Rechtsverwerking, expert shopping en equality of arms

Deze procedure illustreert dat men soms kan zeggen dat de

40 Conclusie P-G, onder 13.

41 Uiteraard is de procedure door Zürich op

naam van haar verzekerde gevoerd. Kort-

heidshalve laat ik na dat telkens te vermelden.

verzoeker door zijn opstelling voor en tijdens het geding zijn rechten op een contra-expertise heeft verwerkt, en is ook een goed voorbeeld van een geval waarin de bezwaren tegen de voorliggende expertises inhoudelijk niet overtuigen, en waarin beide partijen pogingen doen tot *expert shopping* maar alleen de benadeelde zich daartegen met het argument van de bezwaarlijkheid van een volgend onderzoek kan verweren.

De beslissing van het hof is gebaseerd op de afweging van enerzijds het belastende karakter van de gevraagde contra-expertises en anderzijds het feit dat de benadeelde mede door aan Zürich toe te rekenen omstandigheden al een flink aantal onderzoeken had ondergaan, en dat Zürich bovendien in eerste aanleg over een eventuele nieuwe rapportage een volstrekt tegengesteld standpunt had ingenomen zonder deze koerswijziging nader te motiveren. Beide laatste omstandigheden hebben onmiskenbaar een element van rechtsverwerking in zich. Daar komt bij dat hetgeen Zürich ter onderbouwing van haar verzoek aanvoert niet alleen strijdt met haar opstelling in eerste aanleg, maar ook inhoudelijk niet overtuigt, hetgeen nog het duidelijkste blijkt uit de overweging van het hof dat de voorgestelde vragen niet wezenlijk afwijken van de eerder in overleg totstandgekomen vraagstelling. In zoverre lijkt het erop dat het verzoek door het hof terecht werd afgewezen.

Dat neemt niet weg dat ook het verweer van de benadeelde op gespannen voet staat met een door haar eerder ingenomen standpunt. In eerste aanleg vraagt de benadeelde immers eerst zelf subsidiair een aanvullend deskundigenonderzoek door een neuroloog en een orthopeed, maar nadat de kansen in haar voordeel zijn gekeerd, voert zij bij wijze van verweer tegen het gelijklopende verzoek van Zürich aan dat zij een nieuw onderzoek als te belastend ervaart. Het illustreert, zoals gezegd, dat het argument van het belastende karakter van een contra-expertise alleen ten dienste staat van de benadeelde. Het is weliswaar begrijpelijk dat de benadeelde zich op een opportunistische wijze van dit argument bedient, maar het doet duidelijk uitkomen dat een onmiskenbare spanning bestaat met het beginsel

van de *equality of arms*. Wat indien het Zürich was geweest die in eerste instantie aan het langste eind had getrokken? Ik vermoed dat dan een eventueel verzoek om een contra-expertise van de benadeelde wél zou zijn toegewezen. Dreigt hiermee niet het gevaar dat alleen de benadeelde een tweede kans kan krijgen, en de aansprakelijke partij niet? Te bedenken valt dat het recht van partijen om gelijkelijk hun bewijzen aan de rechter te presenteren, fundamenteel is en gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM. Zo bezien ligt de beslissing van het hof alweer minder voor de hand, althans in dit bijzondere geval waar de benadeelde eerst zelf om een nieuwe expertise had gevraagd.

10. Conclusies

Het is tijd dat wij ons bevrijden van het denkbeeldige verschil tussen het gewone en het voorlopig deskundigenbericht. Het is een goede zaak dat de beoordelingsruimte voor de feitenrechter bij een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht alvast is verruimd. Wel zou de Hoge Raad daar beter nog verder in gaan, en de rechter toelaten om zijn beslissing te baseren op een open belangenafweging, mits hij zijn oordeel maar voldoende motiveert. En andersom, bij het 'gewone' deskundigenbericht, zouden dezelfde motiveringseisen moeten gelden opdat ook daar recht wordt gedaan aan de belangen van de verzoekende partij. Het zou de kwaliteit en de voorspelbaarheid van de rechterlijke besluitvorming over deze materie ten goede komen wanneer een catalogus wordt ontwikkeld van alle gezichtspunten die daarbij van belang kunnen zijn. Veel hangt uiteraard af van de fase waarin het geschil tussen partijen verkeert. Bij een verzoek om een contra-expertise in het kader van een hoger beroep in een letselschadezaak spelen onder andere een rol het risico van *expert shopping*, het legitieme belang van partijen om een eerder uitgebrachte expertise ter discussie te kunnen stellen en een reëel gebruik te kunnen maken van de herkansingsfunctie van het appèl, en het fundamentele beginsel van de *equality of arms*.